



上海市学术著作出版基金

英美民事对抗制的演变 (1945—2012)

以美国的案件管理制度为切入点

张 婷 著



上海世纪出版集团



上海市学术著作出版基金

英美民事对抗制的演变 (1945—2012)

以美国的案件管理制度为切入点



张 婷 著



世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

英美民事对抗制的演变:1945~2012:以美国的案件管理制度为切入点/张婷著.—上海:上海人民出版社,2014

ISBN 978-7-208-12744-9

I. ①英… II. ①张… III. ①民法-研究-英国-1945~2012②民法-研究-美国-1945~2012 IV. ①D956.13②D971.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 311257 号

责任编辑 何元龙

英美民事对抗制的演变(1945—2012)

——以美国的案件管理制度为切入点

张 婷 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 24.25 插页 4 字数 311,000

2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-12744-9/D·2609

定价 58.00 元

序 言

普通法的民事程序史,是人类法律文明史上一个引人入胜的传奇故事,演绎出程序先于权利、正当法律程序等一系列的源远流长的法律原则,奠定了现代法治社会的基础。

对抗式司法,是普通法民事程序最为显著的特点之一。最近 40 年来,随着英美两国的民事司法改革的开展,民事程序中当事人主义的对抗色彩大幅淡化,随之而来的是法官职权的强化。英美两国应对诉讼爆炸和司法危机,不约而同地采取了案件管理的应对措施,大力度削弱律师权利,将程序控制权从当事人手中转移到了法官手中。现代英美的法官,除了是一名中立的裁判者之外,还是计划者、调解者和管理人,法官角色日趋积极。任何一国的民事诉讼制度,始终要面向现实,解决问题。

本书从比较法的角度,对于第二次世界大战以来英国和美国的民事程序法 68 年的发展历程,进行了详细的梳理。该书对于我国民事程序法的现代化研究是一个很好的参考研究资料。该书的材料基本上是一手的,有一些资料在中国还未曾披露,作者对其进行了大量的翻译工作,并将其引用到各个专题论述之中。在这方面的初次尝试,其勇气和努力是值得肯定的,当然也必然伴随着后续许多的批评和大量修正的必要。

何勤华

2014 年 5 月

自序

没有对抗,就没有审判。法官与当事人的地位,是一切民事诉讼制度的中心问题。以英美审判制度为代表的民事对抗制,在司法审判中强调当事人对于程序的主导权,反对法官职权专断,突出体现了程序自由主义基本思想的精髓。民事程序是一个不断变化的领域,研究程序原理、价值和历史背景,有助于理解和把握这一动态的领域,及其发生变化的背后意义。现代各国的民事诉讼法改革,无论是吸收、借鉴,抑或是批判、改造,都无法离开对抗制诉讼模式这一基点。本书是在中国语境下对英美民事对抗制度的历史,进行的一次全面、系统考察的大胆尝试。透过思想家的理论,去观察今天的英美社会,及其民事审判权力的运作状况。

写作本书的初衷是向人们展示一幅关于民事对抗制运转的全景图:在过去的半个多世纪以来,民事对抗制经历了一些什么变化,正在经历着什么样的变化。本书以美国案件管理运动为切入点,对于民事对抗制的起源、蓬勃发展时期、衰落时期进行了全景式的考察;并就审前程序的证据开示、庭审程序的交叉询问以及陪审团制度等进行专题分析,阐述对抗式程序原理,以及受这些原理影响的背景和实践环境,详细描述了近来对抗制自身的修订情况;揭示了自由主义与民事对抗制之间存在的内在的规律性联系,对于民事对抗制未来发展趋势进行了展望,以及对于中国的民事司法改革的相关启示。

本书希望能够提供一个详尽记录着关于民事对抗制系统各个部分以及彼此之间关系的丰富资料的法学文献,以飨读者。本书详细考察了不列颠式的自由和美利坚式的自由,它们揭示了不同民族国家的思想界限所在,以及该国家该民族所属的精神状态。通过研究可以发现,民事对抗制的盛行和衰落,是由该国在特定的历史阶段中具体的经济、政治和社会状况因素的变化所决定的。作者试图在变动不居的复杂现象中,找出一个相对稳定的事物本质。民事对抗制和自由主义思想一脉相承,自由主义思想的每一次重大的变化,迟早会反映到司法审判制度中,成为下一阶段民事对抗制发展的风向标。未来虽然变幻莫测,但是民事诉讼程序却沿着一条相对稳定的规律向前发展,那就是,在公正和效率之间的取舍,以及在自由和平等之间的平衡。

笔者开始真正认真思考法与自由的关系,始于洛克的《政府论》一书的启发。作为一个杰出的古典自由主义学者,洛克对于自由价值的强调,对于个人与政府之间的关系的见解,深深地吸引和启发了我。法与自由之间,程序法与自由之间,必然有种奇妙而深刻的联系,因为在以自由自居的英美等国,它们都有着发达的法治程度,而且无一例外地都极其重视程序法。无论是在过去还是现在,自由主义存在着广泛的影响力,它并不限于政治学领域,而深刻地影响着法律领域,在程序法领域表现为“程序自由主义”。对于各国存在的各种不同的民事诉讼制度和运作方式,民事诉讼法学者是以当事人主义和职权主义这一对概念来对其进行概括指称和基本分类,而这两者实际上是人类对于个人和政府之间的关系这个问题思考的两种不同结论的体现,即自由与强制这两种截然相反的思想观念在司法审判领域的不同诉讼观的体现。法律的事物,究其渊源,皆有其政治本性。程序法的学习者大多对英美非常感兴趣,其原因在于,普通法是以程序法为中心而建立起来的法律体系,程序是法律的核心,权利存在于程序中,由程序进行设定。对于程序法学者来说,判断一个权利是否真正有效的标准,是有无相应的救济方法。在对英美的民事对抗制进一步研究之后,笔

者发现,作为一个基本的指导思想,对抗贯穿了民事程序的整个过程,民事对抗制是一个包含了审前程序、证据规则、律师制度、陪审团审判制度等配套制度的综合制度体系,涉及范围极其广泛。如果选择一个恰当的切入点,可能有利于对于研究对象的深入挖掘。而最近40年普通法系国家的案件管理运动风潮,大大加强了司法干预,弱化了当事人的对抗色彩,因此,以案件管理运动的最新发展为角度,观察英美民事对抗制的发展和变化,可能会是一个可行研究题目。至此,本书的书名最终确定为《英美民事对抗制的演变(1945—2012)——以美国的案件管理制度为切入点》。

尽管前期做了大量的基础性的研究和翻译工作,但是由于美国的联邦司法中心的《复杂诉讼指南》第四版(FJC's Manual for Complex Litigation, MCL),以及美国司法会议的《民事诉讼管理手册》(Judicial Conference's Civil Litigation Management Manual, CLMM)的2001年第一版和2010年第二版,这两份重要的司法资料目前国内还没有中文译本,参考引用的内容属于首次尝试,研究处于初步阶段,存在偏颇和错误之处恐怕在所难免,敬请各位批评指正。为避免误导后人,因此特将自己没有完全把握之处,附上原文或者进行注释提示,以供学界同仁参考和修正。

作 者

2012年4月15日

马克思主义研究 哲学社会科学研究 第二十六辑 (2014年12月)

安德列·高兹中晚期生态马克思主义思想研究 温晓春 著

英美民事对抗制的演变(1945—2012)——以美国的案件管理制度为切入点 张婷 著

恐怖主义的历史演变 余建华 等著

英汉时体类型与翻译策略 尚新 著

基督教传播与大众媒介 许正林 著

博士文库 第十六辑 (2014年12月)

《一切经音义》文字研究 王华权 著

目 录

序言	1
自序	1
导论	1
一、研究范围	1
二、研究背景	4
三、文献综述	7
第一章 民事对抗制概述	32
第一节 民事对抗制的概念	32
一、对抗制以及相关概念	32
二、民事对抗制的概念	34
三、民事对抗制的特点	39
第二节 民事对抗制的源头	48
一、对抗制的源头	49
二、对抗制的前身:弹劾式诉讼模式	49
三、对抗制正式起源于英国	51
四、对抗制发达于美国	58
第三节 关于对抗制的理解	60
一、对抗制与职权制是一对伴生概念	60

二、对抗制的相对性	61
三、对抗制的时代性	62
四、对抗制的实践性	63
五、决定对抗制成立的因素	63
六、陪审团制度与对抗制之间的关系	64
七、律师制度与对抗制之间的关系	65
八、证据规则与对抗制之间的关系	66
 第二章 第二次世界大战后美国民事对抗制的演变之概览	75
第一节 美国民事对抗制发展阶段概述	
——美国管理型民事司法	75
一、蓬勃发展期的美国民事对抗制	
(1945 年至 20 世纪 70 年代)	75
二、衰落期的美国民事对抗制	
(20 世纪 70 年代至 21 世纪头十年)	82
第二节 美国案件管理运动发展历程简介	
——为了征服堆积如山的诉讼	99
一、美国律师协会的《关于减少法院迟延的标准》	101
二、联邦司法中心的《复杂诉讼指南》	102
三、美国司法会议的《民事诉讼管理手册》	110
四、美国国会的《联邦民事诉讼规则》和	
《民事司法改革法》	115
五、美国案件管理运动发展历程小结	117
 第三章 第二次世界大战后英国民事对抗制的演变之概览	127
第一节 英国民事对抗制发展阶段概述	127
一、上升期的英国民事对抗制(1945 年至 20 世纪 80 年代)	127
二、衰落期的英国民事对抗制	
(20 世纪 90 年代至 21 世纪头十年)	133

第二节 英国案件管理运动发展历程简介	144
一、1995 年《接近正义—中期报告》	145
二、1996 年《接近正义—最终报告》	146
三、关于英国案件管理运动的评价	
——减少不必要的对抗	148
第四章 第二次世界大战后民事对抗制在审前程序中的变化 ..	153
第一节 民事审前程序概述	153
一、民事审前程序的概念和功能	153
二、民事审前程序的历史发展概述	154
三、关于英美两国审前程序发展历史的小结	158
第二节 审前会议——司法管理的审前工具	159
一、审前会议的内容简介	160
二、审前会议的主要法律依据	166
三、关于审前会议条款的变化	166
四、关于审前会议未来修改方向的建议	168
五、关于审前会议的评价	168
第三节 证据披露和证据开示——民事对抗制中的信息战 ..	169
一、证据披露和证据开示的内容简介	169
二、关于证据披露和证据开示的主要法律依据	173
三、关于证据披露和证据开示的条款变化	174
四、关于证据披露和证据开示的司法实践	180
五、关于证据披露和证据开示的未来修改方向的建议	182
六、英美证据披露和证据开示制度之比较	182
七、关于证据开示与证据披露的评价	185
第四节 即决判决——民事对抗制庭审的头号杀手	188
一、即决判决的内容简介	188
二、关于即决判决的主要法律依据	191

三、关于即决判决的条款变化	192
四、关于即决判决的司法实践的变化	195
五、关于即决判决的未来修改方向的建议	200
六、即决判决的影响——对抗制审判数量的绝对下降	202
七、英美即决判决制度之比较	203
八、关于即决判决的评价	205
第五节 法院制裁——过度对抗的严厉后果	207
一、法院制裁的内容简介	207
二、关于法院制裁的主要法律依据	209
三、关于法院制裁的条款变化	210
四、关于法院制裁在司法实践中的变化	213
五、关于法院制裁的评价	214
第六节 民事审前程序小结	216
一、关于法官管理条款变化的分析	216
二、民事审前程序中当事人控制权的丧失	217
第五章 第二次世界大战后民事对抗制在庭审程序中的变化 ...	234
第一节 民事对抗制在庭审程序中变化的概述	234
一、英国法院在民事庭审阶段的案件管理权	235
二、美国法院在民事庭审阶段的案件管理权	237
第二节 民事陪审团审判	
——英美民事对抗制曾经的旗帜性标志	239
一、民事陪审团制度的发展简史	239
二、英国民事陪审团——基本消失	241
三、美国民事陪审团——濒危保存	242
四、英美民事陪审团的现代衰落史之原因分析	243
五、民事陪审团的未来发展趋势	244
六、关于民事陪审团的评价	246

第三节 交叉询问规则	
——一国民事庭审对抗性强弱的试金石	247
一、交叉询问制度的发展简史	249
二、英国民事审判中的交叉询问制度	
——仅在有限案件中使用	251
三、美国民事审判中的交叉询问制度——从保障到限制	252
四、关于交叉询问的未来发展趋势	256
五、关于交叉询问的评价	257
第四节 庭审程序小结	259
一、庭审程序不再是民事诉讼程序的重心	259
二、庭审程序中的传统民事对抗制受到侵蚀	260
三、庭审程序是传统民事对抗制的保留地	260
第六章 关于英美民事对抗制的未来、评价和启示	270
第一节 民事对抗制的未来	270
一、关于民事对抗制的现状的基本争议	270
二、关于民事对抗制的未来的基本争议	277
三、民事对抗制之比较	281
第二节 关于民事对抗制的评价	294
一、民事对抗制之利弊概述	294
二、对抗制严重阻碍了接近事实的真实性	295
三、对抗制缺乏效率、浪费时间、费用惊人	298
四、对抗制赋予富裕的当事人以及“重复游戏者”	
不公平的优势	300
五、对抗制宜适用比例原则	301
六、小结	303
第三节 英美民事对抗制对于我国的启示	304
一、国内对于是否学习对抗制模式的疑问	304

二、坚持事实发现的对抗制——辩论主义	305
三、职权探知主义在我国的可行性分析	308
四、对于我国法院收集调查证据方面的具体建议	312
五、《复杂诉讼指南》和《民事诉讼管理手册》	316
六、我国对于民事对抗制的借鉴	317
结 语	337
参考文献	345
附录一	366
附录二	368

导 论

一、研究范围

(一) 研究对象

对抗制是一个具有争议的、开放性的,以及不断发展的动态概念。对抗制,国内外学者又称其为对抗式、对审式、抗辩式、控辩式、诉辩式、控告式、控诉式、辩论式、辩论制、当事人主义诉讼模式、司法竞技主义模式;职权制,国内外学者也有称为纠问制、纠问式、审问式、讯问制、职权主义诉讼模式、改良过的纠问制、大陆法系诉讼模式(Continental System)、非对抗式诉讼模式(Non-adversarial System)、混合诉讼模式(Mixed System)。之所以存在众多不同的称谓,是由于来自于不同的法系学者的使用的历史习惯的差别^[1]、不同地区的不同学者翻译上存在的差异以及学界至今缺乏完全统一明确的概念等原因所造成的,在绝大多数情况下,它们基本上属于同义词,除了偶尔存在着的一些轻微差别。

本书从民事领域角度研究对抗制的现代变化,研究对象为民事对抗制。狭义上的民事对抗制,是一种具体的审判制度,指在民事案件中,由当事人主导诉讼进程,法官作为一个中立、消极的事实发现者和一个积极的程序管理者,根据来源于双方当事人的信息,来解决纠纷的一种民事纠纷解决机制。广义上的民事对抗制,除了狭义上的具体

民事审判制度,还包含律师、法律援助等配套的司法组织和司法费用制度,并且还包括一种以公平竞争、当事人自治为理念的程序自由主义的诉讼法律文化。由于篇幅所限,本书主要是从民事对抗制的狭义方面展开研究。

考虑到本书所涵盖的各国的不同的民事审判和司法制度研究范围的广泛性,本书所指的民事程序法,不限于民事诉讼法范畴,不仅仅指狭义的一国的民事诉讼法典,还包括相关的司法文件,以及重要判例;不仅包含民事诉讼的相关法律制度,也包含相关的非诉讼纠纷解决机制(或称替代性纠纷解决机制),包括法律援助制度,法院诉讼费用制度等一系列相关配套制度,但是不包括法院组织法、律师职业道德等司法组织制度,以及破产程序和海事诉讼特别程序。

民事对抗制这一论题涉及幅度范围非常广泛,民事对抗制不仅是一种具体的审判制度,也是一种以公平竞争为核心的英美诉讼法律文化,几乎涉及整个民事诉讼程序的方方面面。本书的制度范围限于法院的民事诉讼程序,不包括民事诉讼之外律师制度等司法组织制度。法院的民事诉讼程序,分为审前程序和庭审程序,分别进行研究。在审前程序这部分,笔者主要选择了几项重要的审前制度,包括审前会议、证据披露和证据开示、即决判决以及法院制裁共四项制度。在庭审程序方面,笔者对于庭审阶段英美两国的案件管理权进行概括和总结,选择了民事陪审团、交叉询问两项具体的庭审制度进行专项考察。

民事对抗制的内容涉及范围广泛,对于一个国家的整个民事程序法律制度进行完全论述,是很难做到的,而对于许多国家的民事程序法律制度进行完全论述,则更难做到,必然应有所取舍。在这里,笔者选择了一些能够集中体现民事对抗制的基本变化,并且有助于理解其发展趋势的重要的民事诉讼制度,作为本书的研究范围。并且,在普通法系国家中,选择了英美两国作为范本,以美国为主,展开研究。当然,被笔者省略的其他部分和方面,还有待于后续研究的展开和完善。

研究紧紧围绕一条基本线索展开:民事对抗制的衰落与案件管理

运动的兴起。首先,综合美国的政治、经济、文化、社会和法律发展各项要素,对于美国民事对抗制的发展的两个阶段(1945年至20世纪60年代的蓬勃发展期,20世纪70年代至21世纪头十年的衰落期),展开了具体论述。其次,结合英国战后所发生的重大变化这个历史背景,以20世纪90年代英国的民事司法改革(Woolf Reform)为中心,对于英国民事对抗制的变化进行了详细阐述。

(二) 时间范围(1945年至2012年)

本书描述第二次世界大战后半半个多世纪以来英、美民事对抗制所经历的历史变迁,为普通法民事对抗制的未来发展趋势,提供一幅全景式的蓝图,架起一座沟通过去与未来的桥梁。

注:20世纪六七十年代,世界范围内产生了诉讼爆炸现象,民事案件数量大增,法院不堪重负。这是第二次世界大战后各国经济发展以及国内社会矛盾等综合因素导致的结果,这对于各国法院大批量处理现代型民事纠纷的能力,提出了严峻考验,民事司法改革势在必行。由此,在历史上,各国民事程序法进入了一个较大的调整期,民事程序规则更新频繁。

再注:20世纪80年代末期至90年代,世界政局发生巨大变化:东欧剧变、德国统一,以及苏联解体。各国在政治上的变化,是催生一批新的民事程序法(如德、俄)诞生的直接因素。

又注:第二次世界大战后另一个较大的变化就是欧盟^[2]的出现。作为一个具有超国家职能性质的政治经济合作组织,欧盟的出现使得民事程序法在整个欧洲范围内得到了一个前所未有的进行充分交流和融合的历史性机遇,一些欧盟的条例极大地改变了其成员国本国的民事诉讼法。以德国为代表的职权式的民事司法,与以英国为代表对抗式的民事司法,彼此之间相互作用,产生了一系列的变化和反应,两者之间的差距逐步缩小。在民事司法改革上,英国和德国相互学习、相互借鉴,形成互补,尽管在具体司法实践上还存在着不少差别,但是